



GOIRIENA LEKUE, Agurtzane

Euskal Herriko Unibertsitatea
Sarriena z.g.
48940 Leioa
mirenagurtzane.goiriena@ehu.es

BIBLID [1137-1951 (2005), 14; 17-29]

Sarrera eguna: 2005.02.10
Onarpen eguna: 2005.10.03

Seme-alaben zaintza eta sexu neutraltasuna

(Custody of children and sexual neutrality)

"A

rdura partekatua"-ren printzipioan oinarrituta Kode Zibila aldatzen duen 15/2005 Legeak, uztailearen 8koak, seme-alaben zaintza partekatua ezartzeko aukera ematen die epaileei, nahiz eta auzilariren bat ados egon ez. Artikulu honetan, Legeak aurreikusten duen zaintza mota berri honek "haurraren interes gorena" eta gizon eta emakumeen arteko berdintasun printzipioak bateragarri eta bideragarri bihurtzen dituen edo ez hausnartuko dugu.

Giltza hitzak: Kode Zibila. Seme-alaben zaintza.

Z

a reciente Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, incorpora la posibilidad de otorgar judicialmente la guarda y custodia compartida aunque una de las partes muestre su desacuerdo, amparándose en el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de las potestades parentales sobre los/as hijos/as. Este artículo pretende reflexionar sobre si la guarda compartida responde a los dos principios que operan en este ámbito: el principio del interés del menor y el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Palabras Clave: Código Civil. Guarda compartida.

Z

a nouvelle Loi 15/2005, du 8 juillet, qui modifie le Code Civil en matière de séparation et de divorce, incorpore la possibilité d'octroyer judiciairement la garde partagée même si l'une des parties montre son désaccord, en s'abritant derrière le principe de corresponsabilité dans l'exercice des pouvoirs parentaux sur les enfants. Cet article tente d'examiner le fait que la garde partagée répond aux deux principes qui opèrent dans ce domaine: le principe de l'intérêt du mineur et le principe d'égalité entre hommes et femmes.

Mots Clés: Code Civil. Garde partagée.

1. **Sarrera.** 2. **Haurraren interes gorena:** 2.1. Kontzeptuaren jatorria. 2.2. Kontzeptuaren esanahia. 2.3. Printzipio zehazgabea. 3. **Seme-alaben zaintza:** 3.1. Zaintza kontzeptu juridikoaren esanahia. 3.2. Zaintza motak. 3.3. Haurraren interesaren arabera zaintza emateko irizpideak: haurraren interesari buruzko doktrinak. 4. **Sexu neutraltasuna zaintzan:** 4.1. Zaintzaren praxia. 4.2. Zaintzaren aurreko legedia diskriminatzailea ote? 4.3. Zaintzaren legediaren aplikazioa. 5. **Gurasotasun eredu berriak:** 5.1. Desberdintasun juridikoa. 5.2. Erantzukizun partekatua: zaintzaren betebeharrak juridikoa. 5.3. Legeak aurreikusten duen partekatutako zaintza. 6. **Ondorioak.**

1. Sarrera

Egun seme-alaben zaintzari buruzko eztabaida pil-pilean dago, Estatuko Gobernuak gai honetaz Kode Zibilarren lege aldaketari ekin diola-eta, zeinaren bitartez elkarbanatutako zaintza aurreikusten duen, bai bikotekideek adostuta¹, bai epaileak inposatua, bigarren hau, betiere, salbuespen gisa, haurraren intereserako bidezko den neurria denean². Neurri hau seme-alabekiko guraso-ahalaren “ardura partekatua”-ren printzipioan oinarritzen da. Aipatu behar dugu eztabaida hau ez dela bakarrik juridikoa, sozio-juridikoa baizik, gai honetan –beste batzuetan bezalaxe– uztartzen diren inguruabar eta berezitasunek berebiziko garrantzia ematen baitiote.

Aurretiaz esan beharra dago bi gai nagusi azaleratzen direla haurren zaintzari dagokionez, eta horiek izango direla gure hausnarketaren ardatzak. Batetik, estandar gisa nagusitzen den “*haurraren interes gorena*” kontzeptuaren azterketa, beronek jarraitzen baitu kontzeptu erabakigarria izaten, eta, bestetik, sexu neutraltasuna, hau da, zaintzaren eskubidea esleitzean epaitegi eta auzitegien partetik inolako sexu diskriminaziorik ematen den edo ez aztertzea. Ikuspuntu hauetatik abiatuta, Legeak “ardura partekatua”-ren printzipioan oinarrituz aurreikusten duen *amankomuneko zaintza* aurreko biei erantzuna emateko –hau da, haurraren ongizatea babesteko eta baita ere sexuen arteko neutraltasuna lortzeko– bideragarria den neurri bat den edo ez aztertuko dugu.

2. Haurraren interes gorena

2.1. Kontzeptuaren jatorria

Kontzeptu hau haurren eskubideak babesteko nazioarteko tresna juridiko garrantzitsuenetik datorkigu: “Haurren Eskubideen gaineko Hitzarmena”, 1989. urtean Nazio Batuen Asanbladan onartua³.

Hitzarmen honetan, 3. atalak zera adierazten du: “*Gizarte ongizate erakunde publiko zein pribatuak, auzitegiek, autoritate administratiboek edota organo legegileek, haurrei buruz hartu beharreko edozein neurritan kontuan izango duten premiazko gogoramen bat, haurraren interes gorena izango da*”. Adierazpen honetatik, “haurraren interes gorena” Hitzarmen honetan jasotako printzipio garrantzitsuenetarikoa dela ondorioztatzen da. Printzipiotzat hartzen den kontzeptu hau Hitzarmenetan definitzen ez bada ere, beronek haurraren garapen fisiko, mentala, espirituala, morala eta soziala barneratzen duela esan dezakegu, Haurraren Eskubideen Adierazpenak bere 2. printzipioan definitzen duen bezala⁴.

Printzipio maila edukitzeak ondorio batzuk dauzka; besteak beste, Estatuen lege eta legeen aplikazioa ebaluatzeaz gain, bi eskubideen arteko gatazkan bitartekotzarako printzipioa bilakatzen dela, eta hau interesgarria iruditzen zaigu gure azterketa egiteko orduan.

Printzipio honek badu zehaztasunik Hitzarmenaren atal ezberdinetan. Gurasoen banaketari dagokionez, 9.1,3 atalean azaltzen zaigu zein den babestu beharreko ondasun juridikoa: “*Aderdi diren Estatuak guraso bat edo bietatik bereizita dagoen haurra bi gurasoekin harreman pertsonalak eta ukipen zuzena erregulartasunez izateko duen eskubidea errespetatuko dute, hau haurraren interes gorenaren aurka baldin badao izan ezik*”.

2.2. Kontzeptuaren esanahia

Haurraren interes gorena (*favor filii* edo *favor minoris* bezala ezaguna den esamoldea) kontzeptu juridiko mugagabea dugun arren, komenigarria litzateke mugatzea; hots, bere edukia ahal den neurrian zehaztea. Horretarako, hainbat bide jarraituko dugu.

1. 15/2005 Legearen 92.5 artikuluan jasotzen da aukera hau.

2. 15/2005 Legearen 92.8 artikuluan jasotzen da aukera hau. Bere 24.1 artikulua honela dio: “*Haur orok, arraza, kolore, sexu, hizkuntza, erlijio, jatorri nazional edo sozial, maila ekonomiko edota jaiotzagatik bereizkeriarik gabe, adingabeziak galdatzen dituen babes neurriak jasotzeko eskubidea du, bai bere sendiaren partetik, zein gizarte eta Estatuaren partetik*”.

3. *Haurraren Eskubideen Hitzarmena*, Nazio Batuen Asanblada Orokorrak bere 44/25 Ebazpenean onartua, 1989ko azaroaren 20an.

4. *Haurraren Eskubideen Adierazpena*, Nazio Batuen Asanblada Orokorrak bere 1386 Ebazpenean onartua, 1959ko azaroaren 20an.

Arestian ikusi dugunez, nazioarteko tresna juridiko nagusiek haurraren interesa bere garapen fisiko, mental, espiritual, moral eta sozialean datzala adierazten dute.

Bestalde, doktrina espainiarrak, autore gutxi batzuek salbu⁵, ez duenez kontzeptu honi buruzko definizio zehatzik eman, doktrina konparatura jo dugu, autore anglosaxoiengana hain zuzen ere⁶. Hauek emandako definizioen arabera, haurraren interesa bere ongizatean oinarritu badute, bigarren pauso batean ere saiatu dira ongizate (*welfare*) hau azaltzen, eta haurraren ongizate fisiko eta, batez ere, emozionalarekin identifikatu dute, nazioarteko tresna juridikoek emandako definizioarekin bat eginez.

2.3. Printzipio zehazgabea

Halere, printzipio honek interpretazio anitzak onartzen ditu; horregatik, arau zehazgabea da, epaileen balore eta kulturaren arabera esanahi ezberdinak izan ditzakeena⁷; Carbonnier-en esanetan, *“hitx magikoa”*. Horrela, aipagarria da jasan duen bilakaera, egokitasun morala ebaluatzetik, bestelako gaitasunak egiaztatzerara pasatu baita: batetik, guraso eta seme-alaben arteko harreman afektiboak; bestetik, gurasoen gertutasuna eta zaintzeko gaitasuna⁸.

Jurisprudentziak ez du kontzeptuan gehiegi sakondu, inoiz zehaztu izan duen arren, haurtzaro zoriontsu bat izatearekin identifikatuz⁹.

3. Seme-alaben zaintza

3.1. Zaintza kontzeptu juridikoaren esanahia¹⁰

Lehendabizi, komenigarria da zaintza kontzeptu juridikoaren esanahia argitzea, hitzak, zentzu bakarra beharrean, zentzu anitz baititu.

Kode Zibilak ez du kontzeptua definitzen, eta doktrina juridiko espainiarrak ez dio arreta gehiegirik eskaini kontzeptu honen ikerketari¹¹. Indarrean dagoen legediaren aurrekariei so eginez, banaketa kasuetan seme-alaben babes eta zainketari aipamen zuzena egiten bazitzaion ere¹² –lehendabizi 1870eko Ezkontza Zibilaren Legeko 83. artikuluan eta Kode Zibilaren 68. artikuluan jatorrizko erredakzioan, zein 1958ko apirilaren 24ko eta 1975eko maiatzaren 2ko Legeen ondorengo erredakzioetan–, instituzio honek berebiziko garrantzia jasoko zuen 1981. urteko uztailaren 7an emandako Kode Zibilaren erreformaren ondorioz, gurasoen elkarbizitzaren haustura ematean zaintza bihurtzen baita seme-alaben egoeraren ardatz nagusi¹³. Izan ere, gurasoen banaketa, dibortzio edota deuseztapen prozeduretan, seme-alaben zaintzari buruzko erabakia ezinbestekoa da, Kode Zibileko 90.1.a), 91 eta 92. artikuluek ezkontideen kasurako eta Kode bereko 159. artikuluek gurasoak ezkondu gabe edota egitatez bananduta dauden kasuetarako xedatzen duenaren arabera. Edonola ere, zaintza kontzeptu juridikoaren ulermen osoa eskuratzeko, aldezturik beharrezkoa da guraso-ahalaren¹⁴ kontzeptu juridikoari aipamena egitea. Guraso-ahala, guraso biek batera jarduten duten eskubide eta betebeharren multzoa bezala definitzen da. Kode Zibilaren 154.1 artikuluan xedatzen dira eskubide eta betebeharrak hauek: (seme-alabez) beilatu, elkarrekin bizi, elikatu, hezi eta formazio orokor bat eskaini. Guraso-ahala binakakoa dela zehazten da¹⁵; honek esan nahi du guraso biek dagokiela –ezkondata egon edo ez– adingabeen eta ezgaituak diren seme-alaba adindunen gaineko guraso-ahala. Doktrina juridikoaren barnean, iritzi kontrajarriak daude zaintzaren jaiotzaren kausari dagokionez. Autore batzuen ustez¹⁶, zaintza kontzeptua gurasoak elkarrekin bizi diren bitartean ere existitzen da, guraso-ahalaren barnean kokatuta baitago, eta gainontzeko ahalmen eta betebeharrekin elkarlotuta dago. Beste autore batzuentzat, aldiz, zaintza instituzio juridikoaren jaiotzaren kausa gurasoen elkarbizitzarik ez egotean datza¹⁷.

5. ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madril: Civitas, 1999; 207-220 orr., eta RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Madril: Dykinson, 2000, besteak beste.
6. BROMLEY, P.M.; LOWE, N.V. *Family Law*, 7. edizioa, London: Butterworths, 1987.
7. RIVERO HERNÁNDEZ, F. aur. aip.; 57. or.; RONFANI, P. *La famiglia e il diritto*, Roma-Pisa: Laterza, 1998; 158-159 orr.; PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madril: Trotta, 2003; 152-153 orr., besteak beste.
8. RONFANI, P., aur. aip.; 152. or.
9. Alacanteko Auzitegi Goreneko 1995eko uztailaren 12ko Ebazpena. In: *La Ley*, 1995, 17043-R.
10. Gaztelaniatzko “guarda” eta “cuidado” ezberdintzeko asmoz, zaintza hitza “guarda” adierazteko erabiltzen dut, eta zainketa hitza “cuidado” esateko.
11. M. GARCÍA PASTOR autoreak adierazten du doktrina espainiarrak, 1981. urteko erreforma baino lehen, ez zuela zaintzari buruz ikerketarik egin, Díez-Picazok izan ezik, zeinak zainketa eta boterearen arteko bereizketa egin zuen. Autore honen aburuz, Familia Zuzenbidea jorratzen duten liburuetan ez da zaintzari buruzko lanik aipatzen, aur. aip.; 73. or.
12. F. RIVERO HERNÁNDEZ autoreak, aldiz, figura hau 1981. urtea baino lehenagoko araudian ez zegoela tipifikatuta baieztatzen du.
13. GARCÍA PASTOR, M. aur. aip.; 67. or.
14. Guraso-ahala, gaztelaniatzko “patria potestad” kontzeptua da.
15. SEISDEDOS MUÑO, A. *La patria potestad dual*, Leioa: EHUKo Argitalpen Zerbitzua, 1988; 22. or.
16. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “La guarda y custodia de los hijos”. In: *Derecho Privado y Constitución*, 15. zkia, 2001; 284. or.
17. Iritzi honen alde, GARCÍA PASTOR, M. *Situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madril: McGraw Hill, 1997; 74. or.

Honekin batera, doktrinan gertatzen den bigarren eztabaida zaintzaren edukiarekin lotuta dago. Aditu gehienek adierazi dute zaintzak haurraren *zainketa zuzenarekin* lotura duela¹⁸. Hauen argudioen arabera, zaintza elkarbizitza behar-beharrezkoa duten guraso funtzioak osatuko lukete, bertakotasuna beharrezkoa litzatekeen atalean. Aitzitik, zaindaria ez den gurasoak funtzio horien gainerako zatian har dezake parte, guraso-ahal jarduera motak ahalbidetzen duen heinean. Honen ondorioz, elikadura, hezkuntza, haurra beilatzea, etab. osatzen duten guraso funtzioen artean maila ezberdinak egongo dira. Horrela, esan genezake mantenu obligazioa zaindariaren ezinbesteko funtzioa den bitartean, heziketarekin ez dela gauza bera gertatzen, non zaindaria ez denak nolabaiteko parte-hartzea duen erabaki garrantzitsuetan¹⁹. Bestalde, elikatzearen betebeharrak ez du bakarrik elikagaiak ematearen betebeharra jasotzen, baizik eta garbitasun eta osasun zainketak zein arrisku fisikoetatik babestea. Iritzi berekoak dira Bercovitz²⁰ eta Martin-Granizo²¹; azken honek, mantenu obligazioak Konstituzio espainiarrak bere 39. artikuluan xedatzen duen betebeharraren gauzatze zibila dela adierazten du. Honi, zaintzaren kontzeptu hertsia deitzen zaio. Halere, badaude kontzeptu zabala defendatzen duten beste autore batzuk, zeintzuen arabera zaintzak, zainketa lanak beharrean, haurraren erantzukizun orokorra galdatzen duen, heziketa eta osoko formazioa barnebilduz²². Gure ustez, ordenamendu espainiarrean zaintzaren kontzeptu hertsia gailendu behar du. Arrazoi sendoa dago hau defendatzeko; hots, zaintza, instituzio juridiko gisa, gurasoen elkarbizitzaren haustura gertatzean jaiotzen da, eta honek sortarazten duen ezintasunean: guraso biek ezin dute seme-alabekin elkarbizi. Honetaz gain, Kode Zibilari erreparatzen badiogu, bigarren arrazoi bat ere badago iritzi hau mantentzeko: legegileak zaintza eta guraso-ahalaren jarduera ezberdintzen dituela. Honetaz ez dugu gehiegi sakonduko, baina guraso-ahalaren jardueraren funtsezko elementua haur baten bizitzari buruz erabakitzea dela baieztatu beharrean gaude²³. Erabakitzeke ahalmen hori izango da, beraz, guraso-ahalaren jardueraren osagairik garrantzitsuenak; elkarbizitza eta egunerokotasunak galdatzen duten funtzioak, aldiz, zaintzarenak. Ondorioz, bi instituzio hauen arteko konbinazio ezberdinak egin daitezke, kasurik arruntena orain

arteko praxi juridikoan guraso-ahal komuna eta zaintza guraso bakar bati esleitzen diona izanik.

3.2. Zaintza motak

Gaur egun zaintza mota ezberdinak daude ordenamendu juridiko espainiarrean: aldebateko zaintza, txandakatutako zaintza eta baterako zaintza. Artikulu honen edukiarekin lotura zuzena ez duenez gero, sailkapen honetatik at utziko dugu hirugarren pertsona batek egindako zaintza.

3.2.1. Aldebateko zaintza

Zaintza mota hau, guraso bakar bati dagokiona da, beste gurasoak haurraren bisitarako eskubidea duelarik. Historikoki lehendabizi sortutako zaintza mota da, eta, gaur egun arte ere, banaketa eta dibortzio kasu gehienetan –bai hitzartutako konbenioetan zein epaileek ebatzita– eskatzen den eta ezartzen den zaintza mota dela esan dezakegu.

Halere, sistema honek kritika gogorak jaso izan ditu; besteak beste, gurasoen arteko lehiakidetasuna sortarazten duela, haien arteko eztabaida eta liskarrak areagotuz eta seme-alabengan ondorio ezkorrek suertatuz²⁴. Autore hauen usteetan, sendiaren kide guztiek nolabaiteko efektu ezkorra jasotzen dute honelako zaintza eredua aplikatuz gero. Batetik, amak gehiegizko zama hartzen du bere gain, sendiaren erantzukizun guztia bere kargu hartzen baitu, kontuan izanik sendiaren egoera ekonomikoa okertu egingo dela. Guzti honek irrika, estresa eta porrot egitera beldurra sortarazten dizkio, eta, aurreko guztiaren ondorioz, seme-alabekiko menpekotasun afektiboa areagotuko dela diote.

Seme-alabei dagokienez, ondorio latzak sortarazten ditu diskurtso honen defendatzaile diren adituen esanetan, tradizionalki aitaren figuraren galerari leporatu zaizkionak, besteak beste oldarkortasuna edo, alderantziz, gehiegizko geldotasuna, etab. Ikerketa psikologikoetan oinarrituz, aitaren figuraren galerari beharrean, banaketaren berezko ezaugarriekin lotzen dituzte ondorio hauek, erreakzio hauek ez omen baitira ematen aitaren heriotza kasuetan.

18. Besteak beste, GARCÍA PASTOR, M., aur. aip.; 68-74 orr.; SEISDEDOS MUÑO, A. *La patria potestad dual*, Leioa: EHuko Argitalpen Zerbitzua, 1988; 238. or.

19. Gai honen gainean, ikus GARCÍA PASTOR, M., aur. aip.; 79-95 orr.

20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 154". In: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Madril: Tecnos, 1984; 1051. or.

21. ALBÁCAR eta MARTÍNEZ GRANIZO. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Madril: Trivium, 1991; 979. or.

22. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. aur. aip.; 289 or eta hur.

23. SEISDEDOS MUÑO, A., aur. aip.

24. DORSNER-DOLIVET, A. *Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale*, Paris: Actualités Dalloz Législation, 1988; 106. or.

Aitari dagokionez, bere seme-alabekiko ezartzen duen harremana azalekoa eta konbentzionala bezala definitzen da, eta psikologoek “Disneylandia sindromea” izena jarri diote. Aitak, bere seme-alaben zaintzan, benetako rola galdu izanaren sentsazioa duela azpimarratzen dute.

Aipatutako arrazoi hauengatik guztiengatik, eta batez ere gizonezko banandu eta dibortziatuen partetik, guraso funtzioak banatzeko bestelako modu batzuk eskatzen hasi dira urte batzuetatik hona.

3.2.2. Txandakatutako zaintza

Zaintza mota honen ezaugarriak nagusia, haurrak guraso batekin eta bestearekin aldizkako egonaldiak igarotzen dituela dela esan dezakegu. Txandaketa aldi laburrak ezarri (egunak, aste bat, hamabost egun, hilabetea) edota aldi luzeak (sei hilabete, etab.), baldintza ezberdinen arabera; hots, helbideen arteko distantzia, lanaldiak, ohiturak, etab.

Eztabaida gehien sortzen dituen zaintza mota da, zalantzarik gabe. Batzuentzat, soluziorik bidezkoena den heinean –bi gurasoek haien seme-alaben konpainiaz berdintasunean gozatzeko eskubidean oinarritzen baita–, seme-alabek bi gurasoekiko harremana izateko duten beharrezko ahalbidetzen baitu, beste batzuren ustetan zaintza mota honek ez du haurrak bere garapen egokia bideratzeko beharrezkoa duen egonkortasuna bermatzen.

Erreforma aurreko araudi zibilak, espresuki aurreikusi ez bazuen ere, debekatu ere ez zuen egiten; ondorioz, aukera hau ez zegoen zertan aldeztu aurretik baztertu. Halere, agian lege aurreikuspen espresu gabeziagatik, zaintza mota honen gaineko jurisprudentzia oso murrizta izan da, eta epai gehienek ukatu egin dute txandakatutako zaintza, haurraren orekarako kaltegarria delakoan²⁵. Doktrina espainiarra ere zaintza mota honen alde eta kontra azaldu da.

Alde dauden autoreentzat, abantaila anitzak ditu sistema honek: batetik, guraso biek, diskriminaziorik gabe, seme-alaben garapena jarraitzeko duten eskubidea errespetatuko luke; bestetik, ezkontide ohien arteko gatazka areagotzen duen bisita sistema ezabatuko luke; hirugarrenez, gai hauei buruzko prozedurak ekidingo lituzke; laugarrena, aurreko guztiaren ondorioz, elkarbizitza normalizatu bat izateko aukera seme-alaben onurarako komenigarria litzateke²⁶. Bestelako autore batzuek, aldiz, susmopean ikusten dute txandakatutako zaintza, haurrari kalte handiak eragin diezaiokkeen ustetan.

Zuzenbide konparatuan, kasurik aipagarriena Frantziakoa dugu, non legediak ehun eta laurogei graduko aldaketa eman zuen. Aurretik, oso eztabaidatua izan den gai honi buruzko praxi forensea ez da bateratua izan –batzuetan onartua eta besteetan ukatua izan ohi da auzitegien partetik–, haurraren orekarako kaltegarria dela argudiatuz. Azkenean Cour de Cassation-ek haurraren interesaren aurka doala aldarrikatu zuen²⁷. Egun indarrean dagoen 2002/305 Legeak, martxoaren 4koa, barneratzen duen filosofia, zaintza mota honetan oinarritzen da²⁸.

3.2.3. Baterako zaintza

Zaintza modalitate honek haurraren gaineko zainketari dagokion erantzukizun orokorra guraso biei atxikitzea suposatzen du. Beraz, zaintzaren kontzeptu zabala barnebiltzen du. Testuinguru honetan, seme-alaben zainketa zuzena beharrean, erantzukizuna bi gurasoei ematean datza.

Ordenamendu juridiko espainiarrean ezin da zaintza mota hau onartu, lehen esan dugun bezala, zaintzak zainketa pertsonala soilik barneratzen baitu, zaintzaren kontzeptu hertsia eraberraz²⁹. Horrela, kontzeptu hertsia bezala ulertuta, zaintzatik kanpo geratuko lirateke guraso-ahalmenaren gainontzeko funtzioak; hau da, seme-alabekiko erantzukizun orokor bat barneratzen duten betebeharrak guztiak, elkarbizitza harremana behar ez dutenak³⁰.

25. Bartzelonako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 1991ko irailaren 25ekoa (RJC 1992, 835. or.); Bartzelonako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 1994ko martxoaren 18koa (RJC 1994, 1192. or.); Valentziako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 2003ko otsailaren 13koa, besteak beste. Onartzen du, aldiz, Asturiasko Probintzia Entzuteagiko Epaia, 2002ko apirilaren 2koak.

26. Hauen artean, NAVARRO FAJARDO, J.C. *El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*, BIMJ, 1979; 2, 9-10 orr.; LÓPEZ ALARCÓN, M. “Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares”. In: *Revista Jurídica Española La Ley*, 2. zkia, 1982; RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Las relaciones paterno-filiales (Título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador”. In: *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*. Iruñea: Eunsia, 1984; 103. or., besteak beste.

27. Cour de Cassation, 2. Aretoa, 1984ko maiatzaren 2ko Epaia, eta 1985eko azaroaren 20ko Epaia (Dorsner-Dolivet, op.cit.; 106. or. aipatua)

28. Aurreko legediari buruzko ikuspegi oso bat, TENA PLAZUELO, I. “La guarda compartida en Derecho Francés”. In: *Aequalitas, Emakume eta Gizonen arteko Aukera Berdintasunerako Aldizkari Juridikoa*, 1, Zaragozako Unibertsitatea eta Aragoiko Emakumearen Institutua, 7. zkia, maiatza-abuztua 2001. Europako beste herrialdeetako Zuzenbideari buruzko argibide gehiago, ZAMBRANO, V. “Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto”, In: *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3-4 zkia. 2000ko uztaila-abendua; 1383-1400 orr.

29. GARCÍA PASTOR, M. op.cit.; 100. or.

30. SEISDEDOS MUÑO, A. *La patria potestad dual*, Leioa: EHUKo Argitalpen Zerbitzua, 1988; 324. or.; GARCÍA PASTOR, M. op. cit.; 100. or.; TENA PLAZUELO, I. op.cit.; 9. or.

3.3. Haurraren interesaren arabera zaintza emateko irizpideak: haurraren interesari buruzko doktrinak

Haurraren interesa zein den behin zehaztuta, hori gauzatzeko erabiltzen diren irizpideak aztertzea da hurrengo pausoa. Epaileek interes honi heldu behar baldin badiote, nola hartzen dituzte haien erabakiak? Zein irizpidetan oinarritzen dira? Legeak ematen al du irizpiderik? Galdera hauei erantzuten saiatuko gara jarraian.

Zuzenbideak zaintza eskubidea modu ezberdinetan ebatzi du historian zehar, haurraren interesa era ezberdinetan interpretatu den heinean. Hona hemen haurraren interesari buruzko doktrina aipagarrienak³¹.

3.3.1. Urte samurren doktrina

Doktrina honen arabera, haurren interesa amaren zaintzapean egotea da, ama baita biologikoki egokien den gurasoa zaintza egikaritzeko. Bere oinarrian, esan bezala, teoria psikologikoak³² daude, zeintzuen arabera, haurrak amarekiko eta azken honek haurrarekiko, “maitasun-beharritzanean” oinarritutako harreman berezia osatzen duten. Ondorioz, banaketa kasu batean, seme-alaba amari egotzi beharko litzaioke, batez ere haurra txikia balitz. Doktrina hau ordenamendu juridiko espainiarrean modu ezberdinetan egon da indarrean 1990. urterarte³³, Kode Zibilaren aldaketa eman zenean. Ordurarte, adingabeen zaintza amari ematen zitzaion, lege presuntzio hau aplikatuz. XIX. mendean zehar garatutako doktrina izan da, eta bere garaian emakumeen eskubideekiko alde baikorrak eta ezkorrak izan zituen. Baikorrak, ordurarte aitak bere seme-alaben zaintzarekiko zuen lehentasuna eraldatu baitzuen; ezkorrak, zaintzailearen eta etxeko andrearen rol tradizionala indartu zuelako.

3.3.2. Haurraren interesaren doktrina

Doktrina honen ikuspuntutik, epailea izango litzateke ikertu eta asmatu beharko lukeena zein guraso izango den haurraren ongizatea hoberen egikaritzeko duena. Esleipen hau epaiketan zehar praktikatzen diren frogen ondorioz gertatuko da, eta

legeak ez dionez irizpide zehatzik eskaintzen, epaiketan kontuan hartutako frogabideak gailenduko dira. Doktrina honen ardatz nagusia haurraren ongizatea da. Oraingoan ere, egonkortasuna definitzeko psikologiara jo behar dugu, zientzia honetan aztertu baitira haurren beharrianak banaketa eta dibortzio kasuetan. Izan ere, gaur eguneko psikologia alorreko joera nagusiek haurraren egonkortasuna ezinbestekotzat jotzen dute haurraren nortasunaren garapen egoki bat lortzeko. Ildo honetatik jarraituz, haurrak, bere etorkizunean ondo aritzeko, haurtzaroan ongizate egoera bat izan behar duela azpimarratzen dute. Beraz, haurraren interesa horrela definitzen baldin bada, haxe izango da epaileek kontuan izan beharreko irizpidea banaketa eta dibortzio kasuetan zaintza ematerako orduan. “Guraso psikologikoa” teoria bezala ezaguna den irizpidea aplikatuz³⁴, banaketa eta dibortzio kasuetan haurraren ongizateari erreparatu behar zaio zaintza aukeratzeko orduan. Baliteke bi gurasoak gai izatea lan honi ekiteko, beraz, aukeran, haurrarekin harreman afektibo sendoena duen gurasoa aukeratu beharko du epaileak, berau izango baita bere garapen psikologikoa bideratzeko ongizaterik hoberena eskainiko diona. Haurraren interesa, zaintzaren eremuan, egonkortasun emozionala –fisikoaz gain– dela esan dezakegu.

Gaur eguneko jurisprudentziak garrantzi gehien ematen dion irizpideak egonkortasunaren printzipioari so egiten dio, eta haurraren garapen egokirako beharrezkoa den ongizatea lortzeko ezinbesteko baliabide bihurtu da³⁵.

3.3.3. Elkarbanatutako zaintzaren doktrina

Doktrina hau anglosaxoniarrak herrialdeetan sortu zen. Terminologiari buruzko hainbat zehaztapen egin behar ditugu, kontuan izanik *joint custody* izenez ezagutzen den doktrina ez dagoela Erromatar Zuzenbidearen guraso-ahala instituzioan oinarrituta. Aipatutako *joint custody* bi motatakoa izan daiteke: *legal joint custody* –gure ordenamenduko guraso-ahalaren jarduerarekin pareka dezakeguna hein handi batean–, eta *physical joint custody* –txandakatutako zaintzarekin pareka dezakeguna–. Doktrina honen ezaugarriak honakoak dira: ama eta aitak garrantzi berdina dute haurraren bizitza fisiko eta psikologikoan; guraso biek haurraren gaineko erabakien autoritatea eta erantzukizuna partekatzen dute; eta hurrek

31. HUAITA ALEGRE, M. “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”. In: *Género y Derecho*, Santiago de Chile: Lom, 1999; 550 or. eta hur.

32. Beste batzuen artean, LEWIS, C.S. *The four loves*, Pte. Ltd. 1960.

33. 1870eko Ezkontza Zibilaren Legeak 3 urterarte amari egokitzea xedatzen zuen, 1932ko Dibortzio Legeak 5 urterarte, eta 1958ko Legeak 7 urterarte.

34. GOLDSTEIN, J.; FREUD, A.; SOLNIT, A. *Beyond the best interest of the Child*, The Free Press, A Division of MacMillan Publishing Co., Inc., 1973, 1979 eta *Before the best interest of the Child*, The Free Press, A Division of MacMillan Publishing Co., Inc., 1979. GOLSDTEIN, J. “¿En el interés superior de quién?”. In: Beloff, M. (konpilatzailea). *Derecho, Infancia y Familia*, Bartzelona: Gedisa, 2000; 115-129 orr.

35. MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos*, Valentzia: Tirant lo Blanch, 2001; 97. or eta hur.

gurasoekiko elkarbizitza erdibana ez bada, proportzio berdintsuetan banatuko dute. Doktrina honen aldekoen argudio nagusia da haurraren interes gorena guraso biekiko harreman estu eta sendoa babestu eta sendotzean datzala, eta, ondorioz, elkarbanatutako zaintza guraso biak mantentzeko biderik onena dela.

3.3.4. Oinarritzko zainketen emaitzaren doktrina

Doktrina honen aburuz, haurraren interes gorena funtsean bere ongizate psikologikoan baldin badatza, eta ongizatea haurraren zainketa elkarbizitzan bere gain hartu duen gurasoarekin duen harreman emozionalean oinarritzen bada, epailearen ikerketa elkarbizitzan haurrari zainketa gehiago eman dion gurasoa nor izan den jakitera mugatuko da, berari baitagokio haurraren banaketa edo dibortzioaren osteko zaintza.

3.3.5. Bestelako proposamenak

Aurreko doktrinen aldaera bat suposatzen dute. Lehenengo proposamena "bi guraso/erantzukizun bikoitza" izenaz ezaguna den doktrina litzateke. Honen arabera, elkarbizitzan haurren zaintza bere gain hartu duen gurasoak, banaketa edo dibortzioaren ostean, eguneroko zaintzaren kopururik nagusia jasoko du; erantzukizun hau bere gain hartu ez duen gurasoak, aldiz, haurrak bere zaintzapean hartuko ditu, baina denbora gutxiagoz³⁶. Kasu honetan, zaintza ez zaio guraso bakar bati esleitzen, baizik eta guraso biek, haurren zainketari dagokionez, elkarbizitzan hartutako erantzukizunaren proportzio berdina elkarbanatuko dute.

Ildo beretik, autoreren batek³⁷ zaintza elkarbizitzan egikaritu izan den bezala mantendu behar dela proposatu izan du. Honek esan nahi du, ondorioz, guraso bat oinarritzko zaindaria izan baldin bada banandu aurretik, honek jarraitu beharko duela zaintzarekin. Aldiz, beste gurasoak nolabaiteko erantzukizuna hartu baldin badu elkarbizitzak iraun duen bitartean, erantzukizun bikoitza edo elkarbanatutako zaintza aplikatuko dela, praktikan egoera nolakoa zen ikusita.

4. Sexu neutraltasuna zaintzan

Banaketa eta dibortzio kasuetan haurren zaintza ematean sexu neutraltasunik dagoen edo ez adierazteko, hiru atal nagusi aztertu beharko

genituzke: batetik, sendiaren barruan zaintzaren praxia nolakoa den; bestetik, zaintzaren gaineko legedia diskriminatzailea den edo ez aztertzea; eta, azkenik, epaileek zein irizpidetan oinarritzen dituzten haurren zaintzari buruzko ebazpenak.

4.1. Zaintzaren praxia

Atal honetan oinarrituko dira elkarbanatutako zaintzaren partaideak, esanez haurraren eskubidea bi gurasoekiko etengabeko harremana izatea dela, eta horretan datzala haurraren interes gorena. Bestalde, banaketa eta dibortzio kasuetan eskubide eta erantzukizun berdintasunean oinarritzen den gurasotasun eredu bati jarraitu behar zaiola proposatzen dute. Honekin ados egon gaitezke printzipioz, baina xehetasun batzuk ematea komenigarria litzateke.

Horrela, honelako proposamen bat errealitatean oinarritzea ezinbestekoa da, Zuzenbidea bertan egikaritu behar da-eta. Honek esan nahi du bikotekideek seme-alaben zaintzarekiko benetako betebeharrak eta erantzukizunak hartzen dituztela, eta, tamalez, hau ez da errealitatean gertatzen. Datuek³⁸, hain zuzen ere, kontrakoa adierazten dute; hau da, gaur egun, emakumezkoak direla seme-alaben zaintza beren gain hartzen dutenak: amatasun bajak emakumezkoek hartzen dituzte proportzio handi batean. 2003. urtean amatasun baimenak 239.858 izan ziren, eta aitasun baimenak 3.762. Honekin batera, aipagarria da haurrak zaintzeko eszedentziek emaitza berdina adierazten dituztela: 2003. urtean 13.377 amek eskatu zituzten, 502 aitek eskatu zituzten bitartean; 2004. urtean emakumezkoen %96,38ak bere lana utzi zuen senideen betebeharreari aurre egiteko, gizonezkoen portzentajea %3,62 izan zelarik. 25 eta 54 urteko emakumezkoen langabezia tasa, 2005eko urtarrilari dagokionez, %58,88 izan zen, gizonezkoena %41,12 izan den bitartean. Lanaldi murritzuan kontratatutako emakumeen portzentajea %70,21 da, gizonezkoena %29,79 den bitartean. Datu hauek panorama erabat asimetrikoa azaltzen dute, non etxeko lanen banaketa eta haurren zaintzarekin lotuta dauden lanak ez diren hein handi batean partekatzen, baizik eta emakumearen gain daude, etxetik kanpo lan egin edo ez. Beraz, teoria eta praxiaren artean alde nabarmena dago. Nahiz eta baloreetan aldaketa bat eman Estatuko gizartean, balore aldaketa honek ez du praxian isla handirik izan. Ondorioz, senideen errealitatea hau izanik,

36. CZAPLANSKIY, K. "Child Support and Visitation: Rethinking the Connections". In: Minow, M. *Family Matters: Readings on family Lives and the Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1993; 350. or.

37. SCOTT, E. *Pluralism, Parental Preference and Child Custody*, 80 Cal Review, 615-617 orr.; HUAITA ALEGRE M. autoreak aipatua, aur.aip.; 566. or.

38. Aipatzen diren datuak INE Estatistika Institututik eta Emakumearen Institutuak argitaratutako *Las mujeres en cifras* txostenetik jaso ditugu.

galdera da bikotea banantzen denean berdintasuna aplikatzeko zein indikadore hartzen diren kontuan: senide ideal bat non kide guztiak –bikotekideak behinik behin– ustez berdinak diren beren eskubide, betebeharrak eta erantzukizunetan, ala errealitatean ematen diren datuak kontuan hartzen diren.

4.2. Zaintzaren aurreko legedia diskriminatzailea ote?

Orain arte indarrean egon den Dibortzio Legea, 1981eko uztailaren 7koa hain zuzen ere, ezin genezake diskriminatzailetzat definitu, Kode Zibileko 90. artikulua –adostutako prozedurei dagokienez–, 91. artikulua –epaiketa kontentziosoari buruzkoa–, eta 103.ak –behin-behineko neurriari buruzkoa– *pertsona* edota *ezkontide* hitzak erabiltzen baitzituzten haurren zaintza ematerakoan³⁹.

Egitatezko bikoteen banaketa zein ezkontideen egitatezko banaketa arautzen duen 159. artikuluari buruz gauza bera esan behar dugu.

Beraz, atal hauen letrari erreparatzen baldin badiogu, haurren zaintzarekiko ezkontideen berdintasuna adierazten dela aitortu beharrean gaude, inolako diskriminazio izpirik islatzen ez delarik. Nolanahi ere, jakin badakigu diskriminazioa Zuzenbidearen aplikazioan egon daitekeela.

4.3. Zaintzaren legediaren aplikazioa

Urte samurren irizpidea desagertu ondoren, honako hausnarketa egin dezakegu: nahiz eta legean amarenganako zaintza formalki desagertu, epaitegi eta auzitegien praxian ere desagertu egin al da haurren zaintza emateko orduan?

Lehendabizi, arazoaren planteamentua bere benetako dimentsioan kokatuko dugu⁴⁰. Egia da haurren zaintza %90etan amari esleitzen zaiola. Halere, zaintza bi gurasoen partetik eskatu den prozedurak kontuan hartzen baditugu, orduan aipatutako portzentajea nabarmen jaisten da. Arrazoiak honakoak dira: batetik, egun gertatzen diren banaketa eta

dibortzio prozedura gehienak adostutakoak dira; honek esan nahi du ezkontideek edo bikoteek alde zuzenetik adostutako hitzarmen bat aurkeztzen diotela epaileari. Prozedura hauei dagokienez, %95eko kasuetan seme-alaben zaintza amari ematea erabakitzen dute. Honek adierazten du gai honi buruz ez dela gehienetan arazo gehiegi planteatzen, eta biek (amak eta aitak) borondatez onartzen dutela amari dagokiola haurren zaintza. Ondorioz, aita zaintzaileen kopuru txikiaren arrazoiak ez dirudi epaileek gizonezkoei ukatzen dietela denik, baizik eta berauek ez dutela eskatzen.

Prozedura kontentziosoetan, bi gurasoen aldetik eskatutako zaintza %15-20 kasuetan bakarrik azaltzen da. Ondorioz, %80-85 kasuetan ez da gai honen gaineko eztabaidarik azaltzen, aitek ez baitute seme-alaben zaintza eskatzen. Datu hauek aurreko atalean azaldutako datuekin bat datoz. Ildo beretik jarraituz, elkarbanatutako zaintza oso kasu gutxitan eskatu ohi da; beraz, salbuespen gisa defini daiteke prozesu judizialean.

Dena dela, agian interpretazio hau ez da hain sinplea; beraz, jurisprudentzian zaintza eman edo ukatzeko erabiltzen diren irizpideak aztertu beharko dira⁴¹, sexuarengatiko diskriminaziorik ematen den edo ez baieztatzeko.

4.3.1. Urte samurren irizpidea

Epai batzuetan agertzen den irizpidea amaren gaitasunean datza, berau baita, bere sexuarengatik, haurren zaintzailea izateko gurasorik egokiena⁴². Aipagarria da, hauen artean, Auzitegi Gorenak 1999ko maiatzaren 22an emandako Epaia, zeinetan zortzi eta hamabost urteko alaben zaintzari buruzko oinarri juridikoetan adierazten duen “(...) *normalena sexu eta adin horietako baldintzetan, amari kargu ematea da* (...)”. Erabaki hauek diskriminatzaileak dira zalantzarik gabe, sexuagatik soilik mugatutako aurreritzi batean oinarritzen direlako.

Ebazpen hauetan diskriminaziorik ez dagoela ere plazaratu izan da, argudio psikologikoetan oinarrituz. Arestian azaldu dugun argudioa jarraituz, ama eta seme edo alabaren arteko harreman biologikoak –bizitzaren lehen

39. 91 eta 103 artikuluek ez dute aldarazpenik jaso Legearen aldaketarekin; bai, ordea, 90 a) artikulua, zeinak “*pertsona*” zehazpena galdu baituen.

40. Datu hauek *Themis*, Emakume Juristen Elkarteak, Emakume Banandu eta Dibortziatuen Elkartearen Federazioak, Emakume Abokatuen XVII. Estatu mailako Kongresuak (2004ko urriaren 30-31 eta azaroaren 1ean ospatua) erakundeek emandako txostenetatik atera ditugu.

41. Jurisprudentzian erabiltako irizpideen gaineko ikerketarako, ikus MONTERO AROCA, J. aur. aip. Eta ZANON MASDEU, L. *Guarda y custodia de los hijos*, Bartzelona: Bosch, 1966; 39-62 orr.

42. Horren adibide, Santa Cruz de Tenerifeko Probintzi Entzuteigiko 1988ko azaroaren 16ko Epaia (RGD 1989; 1791. or.); Iruñeko Probintzi Entzuteigiko 1988ko azaroaren 28ko Epaia (RGD 1989; 1660. or.); Valentziako Probintzi Entzuteigiko 1991ko martxoaren 2ko Epaia (RGD 1992; 3421. or.); berriki Gipuzkoako Probintzi Entzuteigiko 1999ko apirilaren 14ko Epaia; Auzitegi Goreneko 99/471 Epaia, 1999ko maiatzaren 22koa; Bartzelonako Probintzi Entzuteigiko Epaia, 2000ko urriaren 30ekoa, beste batzuren artean.

urteetan batik bat— ezinbestekoa bihurtzen du amarekiko kontaktu estua, eta ezin da inolaz ere aitaren egoerarekin parekatu. Beraz, haurren zaintza guraso bati edo besteari esleitzerakoan, ama aukeratu beharko litzateke⁴³.

4.3.2. Oinarrizko zainketen emailearen irizpidea

Sarritan haurren zainketaz arduratu den gurasoa hautatu duen irizpidea aurkitu izan dugu, guraso psikologikoaren teoria gauzatzen duena, hain zuzen ere egonkortasunaren argudioa erabiliz⁴⁴. Irizpide hau aplikatzean, gehienetan amari egozten zaio zaintza, baina irizpide hau ezin daiteke diskriminatzailatzat hartu, ez baita aurreritzi batean oinarritzen —zeinaren arabera sexu bakoitzari trebetasun zehatz batzuk dagozkion—, baizik eta gure gizartearen errealitatean —lehen ikusi dugun bezala—, non emakuzmezeko jarraitzen duten izaten nagusiki haurren zaintzaileak.

4.3.3. Etxetik kanpo lan egiteagatik

Badago epai mordo bat zeinetan zaintza amari ematen zaion, ez duelako etxetik kanpo lanik egiten, eta ondorioz, denbora gehiago duelako haurraz arduratzeko. Kontuan hartzen badugu aita bat ez dela sekula zaintzaile gisa hautatua izango inguruabar horiengatik, baizik eta langabezia egotea faktore ezkortzat hartuko litzatekeela haurren zaintzari begira, irizpide hau diskriminatzailatzat jo dezakegu. Horretaz gain, 97. artikulua xedatzen duenarekin bateraezina da; hau da, banantzen den ezkontideetako batek irabazpiderik ez izatea edota aukerarik ez izatea. 97. artikulua filosofiarekin talka egiten du, honek ezkontide biek etxetik kanpo lan egiten duten sendi eredu bat ezartzen baitu ideal bezala. Horregatik, arrazoi honetan oinarritzen diren epaiek seme-alaben zaintza amari egozteko bestelako sendi eredu bat bultzatzen dute; hots, ama etxeko lanetara eta haurren zaintzara zuzenduta dagoen sendi eredu, hain zuzen ere⁴⁵.

Oro har, esan genezake kasu gehienetan arestian aipatutako egonkortasunaren irizpidea aplikatzen dela⁴⁶, nahiz eta “urte samurren” doktrinaren aztarnek ere bizirik dirauten

oraindik⁴⁷. Ondorioz, esan dezakegu epaileek, zaintza kasu gehienetan, amak aukeratzeko dituztela, berauek izan direlako eta direlako haurren zainketa lanak beraiei kargu hartzen dituztenak hein handi batean.

5. Gurasotasun eredu berriak

Aurreko datuek seme-alaben zaintzaren gaineko ikuspegi erreal bat ematen digute. Errealitatea horrela izanik, galdetu beharko genuke zein punturaino ez duen diskurtso juridikoak egoera hau sendotu; hots, zein motako sendi eredu eskaintzen digun Zuzenbideak. Galdera honi erantzuteko, lehendabizi ikuskatu beharko genuke ea indarrean dagoen Zuzenbide zibilak —ezkontideen arteko zein guraso eta seme-alaben arteko harremanei dagokienez— bereizkeria guztiak ezabatu dituen, edo aztarna batzuk geratzen diren, modu ezkutuan agertu arren. Bestalde, ardura partekatua printzipioak badu ordenamenduan xedapen zehatzik, ala paper errea besterik ez da? Gurasotasun eredu berriak sortu ahal izateko, ezinbestekoa da alde aurretik gaur egun ordenamendu juridikoan gailentzen den sendi eredu aldatzea.

5.1. Desberdintasun juridikoa

Zuzenbideak sendi eredu bat legitimatzen duen heinean, gurasotasun eredu berriak —banaketa eta dibortzioaren ondorioak baino lehen— alde aurretiko aldaketa juridiko batzuk egitea galdatzen du terminologiari dagokionez. Kontzeptuak eta esamoldeak esanguratsuak badira berdintasunaren gainean konnotazio berriak adierazteko —hots, “zaintza” hitza “gurasotasun partekatua” esamoldeagatik ordeztzea—, eskubide eta erantzukizun berdintasunean oinarritutako sendi ereduak Kode Zibilararen ezinbesteko aldaketak galdatzen ditu, oraindik ere gizon eta emakumearen arteko botere desoreka legitimatzen baitu, berdintasun ezak agerian utziz. Aldatu beharreko atalen artean, aipagarriak dira honako hauek: a) 66 eta 67. atalak, non “senarra” hitzak autoritate eta ordezkaritza *status* ezberdin bat ahalbidetzen duen; “ezkontide” hitza aproposagoa litzateke; b) ezkontzako seme-alabak eta ezkontzaz kanpoko seme-alabak bereizten dituen

43. Besteak beste, MARCUELLO FRANCO, A.C. “Cultura con madre y una familia con padre”. In: *Aequalitas*, Gizon eta Emakumeen arteko Aukera Berdintasunari buruzko Aldizkari Juridikoa, 2. zkia, 1999ko urria; 36. or.

44. Nafarroako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 1993ko urtarrilaren 27koa; Bartzelonako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 1998ko otsailaren 11koa; Bartzelonako Probintzia Entzuteagiko Epaia, 1999ko otsailaren 9koa, eta 2003ko maiatzaren 5koa, besteak beste.

45. GARCÍA PASTOR, M. aur. aip.; 150. or.

46. Nafarroako Entzuteagiko Probintzialeko Ebazpena, 1993ko urtarrilaren 27koa; Bartzelonako Entzuteagiko Probintzialeko Ebazpenak, 1999ko otsailaren 9koa, 1998ko otsailaren 11koa eta 2003ko maiatzaren 5koa, besteak beste.

47. Horren adibide, Auzitegi Goreneko 99/471 Ebazpena, 1999ko maiatzaren 22koa; Gipuzkoako Entzuteagiko Probintzialeko Ebazpena, 1999ko apirilaren 14koa; eta Bartzelonako Entzuteagiko Probintzialeko Ebazpena, 2000ko urriaren 30ekoa, beste batzuen artean.

108. atala, zeharkako diskriminazioa bideratzen duelako; d) VII. Tituluak⁴⁸ “aita” senide burua dela adierazten du, ama ikusezina bihurtuz; e) 116, 117, 118 eta 119. atalak, non ezkontzaren ondorioz jaiotako haurren presuntzioa aurreikusten den, pertsonen askatasunaren oinarritzko eskubidearen aurkako presuntzioa izanik; f) gaztelaniazko “guraso-ahala”⁴⁹ esamoldea, babes funtzioa adierazten duen esamolde batengatik aldatu beharko litzateke; batetik, aitaren ahalmen edo botereari aipamena egiten baitio –berriro ere emakumearen rola gai honetan ezkutatu–, eta, bestetik, zainketa beharrean boterea adierazten duelako; g) 154. artikulua, zeinak adingabeen gainean indarkeria fisiko zein psikikoa ahalbidetzen duen⁵⁰; h) 1094, 1555.2 eta 1903. artikulua, zeinetan “aita on baten arreta” aipatzen den erantzukizunaren estandar gisa, subjektu juridiko ideala aita agertuz berriro ere.

5.2. Erantzukizun partekatua: zaintzaren betebeharrak juridikoa

Kode Zibilak, 66. artikuluan, senar-emazteak eskubide eta betebeharrak berdinak direla xedatzen duen arren, ez du gai honi buruzko aipamen zehatzik egiten⁵¹. Aurreko xedapenarekin batera, banaketa edo dibortzioaren osteko benetako elkarbanatutako zaintza eredu batek elkarbizitzaren eta zaintzaren betebeharrak eta erantzukizunak espresuki jaso beharko litzuke. Bestela, koherentzia gabezia izugarria litzateke elkarbizitzan utzikeria bihurtutako betebeharrak eta erantzukizunak, banaketan, zaintzaren gaineko eskubideen zio moduan erabiltzea; ez da zilegi. Hori dela-eta, Legeak ezkontideen betebeharrak jasotzen dituen 68. artikuluan, aurretik zeuden elkarrekin bizi beharra, fideltasuna eta laguntza emateko beharrari, “*etxeko lanen erantzukizunaren banaketa eta nagusien zein ondorengoen eta bestelako menpekoen zaintza eta adeitasunaren banaketa*” eransten du⁵².

5.3. Legeak aurreikusten duen elkarbanatutako zaintza

Atal honetan heldu gara Legeak aurreikusten duen elkarbanatutako zaintzaren gaia aztertzeraz⁵³.

5.3.1. Terminologia berria

Hizkuntzari dagokionez, Legeak zioen agerpenean “ardura partekatua”-ren⁵⁴ printzipioa aipatzen badu ere, zaintza hitza ez da desagertzen. Printzipio hau “gurasotasun partekatua”⁵⁵ esamoldearen parekoa da. Bata zein bestea, guraso biek banaketa edo dibortzio aurretik haurrekiko zituzten erantzukizun berdinak hobeto jasotzen duen terminologia da zalantzarik gabe. Beste hizkuntzetan ere gertatu da hizkuntza aldaketa: terminologia juridiko ingelesak, “*joint custody*” esamoldearen ordeztuz, “*co-parenting*” edo “*shared parenting*” esamoldeak barneratu ditu. Ildo beretik, terminologia frantsesak “*gurasotasun partekatua*” esamolde berria onartu du eta “*garde*” hitzaren ordeztuz, “*résidence*” hitza aukeratu du, aurreko kontzeptuaren desagertzearen bitartez filosofia berria barneratu nahian⁵⁶.

5.3.2. Erreformaren edukia

Legeak elkarbanatutako zaintza bi kasutan ebaztuko dela xedatzen du, bai ezkontideek zaintza mota hau adostu dutenean (92.5 art.), zein epaileak –gurasoen desadostasuna egonda– haurren intereserako aukerarik hoberena dela erabakitzen duenean (92.8 art.), bigarren hau salbuespena izango delarik⁵⁷. Beraz, zaintza partekatuen eraentza juridikoak, arau orokor bezala, bikotearen adostasuna galdatzen du. Baina, salbuespen gisa, aurretik jasotzen diren ukanbeharrak ez baldin badira ematen –adostasuna batik bat–, epaileak, alderdi baten eskariz, fiskalaren txosten baikorraren ostean eta adingabearen interesa babesteko neurria dela

48. Gaztelaniaz, “De las relaciones paterno-filiales”. Beste ordenamendu juridikoetan, “paternal” hitza “parental” hitzarekin ordeztu da (Frantzia, Alemaniak eta Italian, besteak beste).

49. Gaztelaniaz, “patria potestad”. Alemaniak, “guraso botere” esamoldea (elterliche Gewalt), “guraso zainketa” (elterliche Sorge) esamoldearekin ordeztu da.

50. Gai honen inguruan erreforma egiteko omen da Gobernu zentrala.

51. Kode Zibileko 66. artikulua xedatzen du: “*Senarra eta emaztea berdinak dira eskubide eta betebeharrak*”; 68. artikulua honakoa dio: “*Ezkontideak elkarrekin bizitzera, fideltasuna gordetzera eta elkarri laguntzera behartuta daude*”.

52. 2005eko apirilaren 21ean Madrildako Kongresuan onartutako osoko bilkuran, Eusko Alderdi Jeltzaleak aurkeztutako emendakina onartu da.

53. 2005eko apirilaren 21ean, Madrildako Kongresuaren osoko bilkurak onartu egin du elkarbanatutako zaintza. Ondoren Senatuak onartu beharko du.

54. Gaztelaniaz, “principio de corresponsabilidad”.

55. Gaztelaniaz, “coparentalidad”.

56. Frantzia, Guraso Autoritateari buruzko Legeak, 2002ko martxoaren 5ekoak, izugarritzko aldaketa suposatu du: “*garde*” kontzeptua desagertzen da, elkargurasotasunaren printzipioa onartuz. Honek haurren zaintza eta elkarbizitza komuna xedatzen du. Frantziako araudiaren bilakaera historikoa jarraitzeko, ikus: BOULANGER, F. *Droit Civil de la Famille*, II. liburukia, Paris, 1994; 217. or. Azken aurreko legea, 1993ko urtarrilaren 8koa zen. Kode Zibilaren Lehenengo Liburuan, “*Des personnes*”, IX. Tituluak, “*De l'autorité parentale*”, 371-387 artikulua.

57. Esan beharra dago salbuespen baldintza hau 2005eko martxoaren 30ean Kongresuko Justizia Batzordean landutako ponentzia onartu zela, Alderdi Sozialistak aurkeztutako emendakinen ondorioz. Aldiz, beste alderdi batzuk (PP, EAJ eta BNG) aurka agertu dira, gurasoen akordioaren ondorioz eman daitekeen formula dela defendatuz.

motibatuz, partekatutako zaintza inposa dezakeela aurreikusten du.

Gai honen inguruan ematen ari den eztabaidaren ildo nagusia, 92. artikulua xedatzen duen epailearen ahalmenari buruzkoa da. Izan ere, onartua dago guraso biak ados daudenean aukera ezin hobeia izan daitekeela, betiere, haurraren interesaren egindako aukera dela suposatuz. Gatazka, esan bezala, epailearen erabakitzeke ahalmenean datza.

5.3.3. Aldeko eta kontrako argudioak

Erakunde eta jurista batzuentzat⁵⁸, eman beharreko erreforma izan da, eta berau defendatzeko eskubideen argudio indartsua erabiltzen dute⁵⁹. Lehenengo argudioa, seme-alabek guraso biek harreman zuzena eta jarraia izateko daukaten eskubidean datza, haurren interesaren izenean. Horrela, gurasotasun eredurik egokiena, haurrari bi gurasoen presentzia eta zaintza baimentzen diena da.

Bigarren argudioa, guraso biei seme-alaben zaintzarekiko eskubide berdina arrezagutzea da. Honek, gainera, prozedura kontentziosoa ekidingo luke, bide hau zabaltzeko ziorik ez luketelako izango alderdiek, kontuan izanik zaintzak ezkontide ohiarekiko arma bezala erabiltzeak duen balioa galduko lukeela.

Aitzitik, hainbat erakunde eta juristen ustez⁶⁰, ez da zilegi erabakitzeke ahalmena epailearen eskuetan uztea, honako arrazoiak aipatuz: lehendabizi, neurrigabeko zuhurtzia maila ematen baitzaio –gogoratu Legeak ez duela inolako irizpide edo jarraibiderik eskaintzen “haurraren interes gorena” esamoldetik at, eta jadanik ikusi dugu esamolde honen interpretazioak nolako aukera zabala ematen duen—. Harreman pertsonalak juridikoki baloratzean, formazio gabeziak ikusirik, bestelako balio moral, ideologiko eta aurreritzi plazaratzen dira epailetan; hots, ama batek zer izan behar duen, aita batek nolako izan behar duen, zeintzuk diren bataren eta bestearen funtzioak sendiaren barnean, bakoitzari dagozkion eskubide eta betebeharrak, nola baloratzen den bataren eta bestearen lana, etab. Printzipio orokorren teknikaren erabilpenak, epailearen zuhurtziarako

eremua zabaltzen duen heinean, edonola erabiltzearen arriskua dakar, izaera ideologikoa duten ebazpenak legitimatzeko, hain zuzen ere: haurraren interesaren izenean, familia eredu edo hezkuntza eredu zehatz batzuk xedatuz⁶¹.

Honekin batera, prozesuari dagokionez, jurisprudentzia sortzeko aukerarik ez da ematen. Probintzia Entzutegetako epaiek osatzen duten jurisprudentzia txikia da, eta hauen artean ezberdintasun nabarmenak aurkitzen ditugu. Jurisprudentzia gabeziak mesede gutxi egiten dio ziurtasun juridikoari, autoreren batek aipatu izan duen bezala.

Bigarren arrazoiak, gai honen berezitasunean datza, eta Zuzenbide zibilak arautzen dituen gaiekiko ezberdintasun nabarmenean. Hau da, Zuzenbide zibilaren gainontzeko gaiekin –kontratu bat, zor baten eskakizuna, etab.– konparatuz, eremu honetan egitateak ez dira prozedura bazi aurretik gertatutakora mugatzen, baizik eta prozedura zabalik dagoen bitartean eta bukatu eta gero, jarraituko dute. Etengabeko jarraipena duten egitateak dira, eta ezaugarri honek gatazka erabakitzeke modua guztiz baldintzatu beharko luke. Horregatik, aditu askok ezkontide edo bikotekideen adostasuna ezinbestekotzat jotzen dute, bestelako inposaketak porrot egingo duelakoan, seme-alaben kalterako⁶².

Hirugarren, erreforma hau ez da gizartearen ohituren aldaketan eraginez gertatu. Arestian aipatutako datuek erakusten dutenez, haurren zaintzarekiko ama eta aitaren rolak oso errota daude oraindik, nahiz eta azaleko aldaketa batzuk gertatu. Legeak gurasoen berdintasun formala du abiapuntutzat, baina egoera erreala guztiz kontrakoa da, berdintasun eza estrukturala nagusitzen baita gizartean. Neurri honek, berdintasun eza ezabatu baino, areagotu egingo duela uste dute.

5.3.4. Bitartekaritza, konponbiderako baliabide gisa

Gatazkatik adostasunera igarotzeak gurasoen akordio bat galdatzen du⁶³; berau ezinbesteko ukanbeharra da gutxieneko errespetu eta komunikazioan oinarritzen den harreman bat

58. Familia Bananduen Gurasoen Elkarteak, Kideztza - Euskadiko Aita eta Ama Bananduen Elkarteak, Galiziako Aita eta Ama Bananduen Elkarteak eta Andaluziako Aita eta Ama Bananduen Elkarteak “Berraurkitze Txostenean” egindako ekarpenak.

59. Maskulinitatearen krisiak eragindako ondorioei buruz, eta familia harremanetan eskubideen diskurtsoa eta erretorikaren erabilpenari buruz, ikus COLLIER, R. *Masculinity, Law and the Family*, London: Routledge, 1995.

60. Themis, Emakume Juristen Elkarte, Emakume Abokatuen Elkarte, Emakume Banandu eta Dibortziatuen Federazioa, besteak beste.

61. RONFANI, P. *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1998; 158. or.

62. Honen adierazle, 2005eko apirilean Madrilgo Familia epaile batek emandako epaia, zeinaren arabera partekatutako zaintza ebazten duen, nahiz eta gurasoek ez eskatu, haurren intereserako mesedegarria delakoan.

63. RONFANI, P., op. cit.; 172. or.

bideratzeko orduan, harreman hori denboran zehar luzatu behar baita. Ukanbehar hori dela medio, bitartekaritza –jurisdikziorik izaten ez duen eskuharmena– litzateke aipatu berri dugun antolamendu familiar eredu gauzatzeko tresna espezifikoa. Gai honi dagokionez, gatazkaren kudeaketa gurasoei esleitzen zaie; horregatik, Legeak borondatezko aukera bat bezala aurreikusten du bitartekaritza⁶⁴. Horrela gertatuko ez balitz, eta bitartekaritza derrigorrezko pauso bezala xedatuko balitz, negoziatzeko ahalmena eta parekotasun egoera –berez abiapuntu ezberdinak dituzte– kaltetuta suertatuko lirатеke, gure ustetan.

6. Ondorioetarako hausnarketa batzuk

6.1. Gurasotasun eredu berriak

“Gurasotasun partekatua” printzipioak bi ardatz nagusi barnebiltzen ditu bere baitan: batetik, gizon eta emakumeen arteko berdintasun formala, eta, bestetik, haurren interesa gainontzeko alderdien –gurasoen batik bat– interesen gainetik kokatzen dela. Azken honen arabera, sendi loturaren berreraikuntzan haurrek dute lehentasuna, gainontzeko interesak bigarren maila batera pasatuz. “Gurasotasun partekatua” barneratzen duen ereduaren agindua, sendi eredu zehatz bat inposatzeko eragile kontsidera daiteke, dibortzioa egon arren, sendi hautsiezinarena, hain zuzen ere⁶⁵. Horregatik, beste aukera batzuetaz –sendiaren kide guztien interesak kontuan hartu beharko lituzkete– pentsatzera eta eztabaidatzera dei egiten digute.

6.2. Eskubideen diskurtsoa berreraiki

Arestian ikusi ditugun datuen arabera, amek eta aitek –orokorrean– ez dute erantzukizun maila berbera hartzen. Egoera honen aurrean, berdintasun formalean oinarritutako parametroak murrizak geratzen dira. Eskubideen lengoia ere desagokia suertatzen da⁶⁶. Eskubideen kulturak –non eskubideak subjektu abstraktu eta autonomo baten jabego bezala definitzen diren–, afektibitate, autoritate eta menpekotasunak dauden egoeratan, gabezia nabarmenak agertzen ditu, egoera hauetan

harreman konplexuak ematen baitira (maitasuna, konfiantza, autoritatea eta botere maila ezberdina). Ondorioz, norbanakoen eskubideen erretorika alferrikakoa da, ez baitu harremanen konplexutasuna bere osotasunean hartzen. Autore batzuren aburuz, kontzeptu abstraktuetan oinarritutako arrazonomendu eta terminologia juridikoa ez dira gai gatazka mota hauek konpontzeko: Zuzenbideak mugak ezartzeari ekin dio, eskubideek duten harreman dimentsioa baztertuz⁶⁷. Beraz, eskubideen kontzeptua beste parametro batzuetatik berreraiki beharrean gaude⁶⁸.

Aldaketa hauetaz gain, beharrezkoa da gizonetako gurasoek zaintzaren gaian duten portaera aldatzea, haurren interes gorenean eta gizon eta emakumeen arteko berdintasunean oinarritutako gurasotasun eredu aldaketa benetan eman dadin.

Bibliografia

- ALBÁCAR, J. L.; MARTÍN-GRANIZO, M. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madril: Trivium, 1991.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II. liburukia, Madril: Tecnos, 1984.
- BOULANGER, F. *Droit Civil de la Famille*, II. liburukia, Paris: Economica, 1994.
- BROMLEY, P.M.; LOWE, N.V. *Family Law*, 7. edizioa, Londres: Butterworths, 1987.
- CZAPLANSKIY, K. “Child Support and Visitation: Rethinking the Connections”, In: Minow, M. *Family Matter: Readings on Family Lives and the Law*, The New Press, 1993.
- DORSNER-DOLIVET, A. *Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale*, Paris: Actualités Dalloz Législation, 1988.
- GARCÍA PASTOR, M. *Situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madril: McGraw Hill, 1997.
- GOLDSTEIN, J.; FREUD, A.; SOLNIT, A. *Beyond the Best Interest of the Child*, The Free Press, A Division of MacMillan Publishing Co., Inc., 1979.

64. Frantziako legeak, desadostasun kasuetan bitartekaritzaren betebeharra ezartzen du. Ameriketako Estatu Batuetako hainbat Estatutako araudiek derri-gorrezko bitartekaritza xedatzen dute baita ere.

65. RONFANI, P., op cit.; 181. or.

66. Hausnarketa honi buruz, ikus PITCH, T., aur. aip.; 263. or. eta hur.

67. Eskubideen gabezia hauei buruzko kritika eta hausnarketarako, ikus MINOW, M. *Making All the Difference*, Ithaca: Cornell University Press, 1990; 147 or. eta hur.

68. Eskubideen kontzeptuaren berdefinizio honi buruz, ikus RONFANI, P., aur. aip.; PITCH T., aur aip., “derechos relacionales” deituriko kategoria berri baten inguruan hausnarketa interesgarriak egiten baitituzte.

- GOLDSTEIN, J. "¿En el interés superior de quién?". In: Beloff, M. (biltzailea) *Derecho, Infancia y Familia*, Bartzelona: Gedisa, 2000.
- HUAITA ALEGRE, M. "Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña". In: *Género y Derecho*, Santiago de Chile: Lom, 1999.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. "Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares". In: *Revista Jurídica Española La Ley*, 2. zkia, 1982.
- MINOW, M. *Making All the Difference*, Ithaca: Cornell University Press, 1990.
- MONTERO AROCA, J. *Guarda y custodia de los hijos*, Valentzia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madril: Trotta, 2003.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. "La guarda y custodia de los hijos". In: *Derecho Privado y Constitución*, 15. zkia., Madril: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Las relaciones paterno-filiales (Título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador". In: *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Iruña: Eunsu, 1984.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Madril: Dykinson, 2000.
- ROCA TRÍAS, E. *Familia y Cambio Social (De la "casa" a la persona)*, Madril: Civitas, 1999.
- RONFANI, P.; POCAR, V. *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1998.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. *La patria potestad dual*, Leioa: EHUKo Argitalpen Zerbitzua, 1988.
- TENA PLAZUELO, I. "La Guarda Compartida en el Derecho Francés". In: *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 7. zkia, Zaragoza: Zaragoza Unibertsitatea, 2001eko maiatza-abuztua.
- ZAMBRANO, V. "Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto". In: *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3-4 zkia., 2000ko uztaila-abendua.
- ZANON MASDEU, L. *Guarda y custodia de los hijos*, Bartzelona: Bosch, 1996.